

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-698-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito civil contemporâneo I”, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 14 e 16 de novembro de 2018, em Porto Alegre, sobre o tema “Tecnologia, comunicação e inovação no direito”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações civis, nos paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a as questões da contemporaneidade implicam num olhar atento para o direito civil, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em questões sociais, econômicas, culturais, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na seara da resilição bilateral na promessa de compra e venda de condomínios de luxo, nos aspectos contratuais do acordo de colaboração premiada, na atual visão do Supremo Tribunal Federal sobre a impenhorabilidade do bem de família do fiador, na natureza jurídica das ações de improbidade administrativa, nas ações de wrongful actions em decorrência das condutas médicas, na aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de erro de diagnóstico, nas contribuições dos sistemas romano-germânico para a visão contemporânea da responsabilidade civil, nas questões de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, nos negócios jurídicos de reprodução assistida, nas possibilidades de distrato no campo do direito do trabalho, nas contribuições do common law inglês para o direito das sucessões brasileiro, no atual regime de (in)capacidades, nos contratos de bioprospecção farmacêutica, na responsabilidade civil dos pais em casos de obesidade dos filhos menores, na possibilidade de unificação das responsabilidades contratual e extracontratual etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito civil, suas problemáticas e sutilezas, no quadro da contemporaneidade, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIMAR / FMU

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago – UNIMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO PRIVADO E DEMANDAS SOCIAIS: A NECESSÁRIA HERMENÊUTICA CASUÍSTICA NO CASO DE RESILIÇÃO BILATERAL EM PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE CONDOMÍNIOS DE LUXO

PRIVATE LAW AND SOCIAL DEMANDS: THE NECESSARY CASUISTIC HERMENEUTICS IN THE CASE OF BILATERAL RESILIENCE IN PROMISE OF PURCHASE AND SALE OF LUXURY CONDOMINIUM UNIT

**Galdino Luiz Ramos Junior ¹
Samyra Haydêe Dal Farra Napolini**

Resumo

O intérprete jurídico estabelece critérios de subsunção fato/norma, em uma contemporânea tendência de “fazer jurisprudência”, resolvendo o maior número de casos litigiosos, com a menor variação interpretativa possível. Assim se constata nas hipóteses de resilição bilateral em promessa de compra e venda de unidade condominial de luxo. O objeto da pesquisa nasce a partir de uma nova releitura dos contratos contemporâneos que, ao mesmo tempo, protegem a dignidade humana, levam em consideração as peculiaridades da relação jurídica que os motiva, sob pena de oneração indevida da parte empreendedora em negócios como os analisados, tudo sob a ótica dialética e analítica-descritiva.

Palavras-chave: Hermenêutica, Negócios jurídicos, Resilição, Imóveis de luxo

Abstract/Resumen/Résumé

The interpreter establishes fact / norm subsumption criteria, in a contemporary tendency to "make jurisprudence", solving the largest number of litigious cases, with the lowest interpretive variation possible. This is evidenced in the hypotheses of bilateral resilience in the promise of buying and selling luxury condominium unit. The object of the research is born from a new rereading of the contemporary contracts that, at the same time, protect the human dignity, take into account the peculiarities of the legal relationship that motivates them, under penalty of undue encumbrance of the entrepreneurial part in businesses like those analyzed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hermeneutics, Legal business, Resiliation, Luxury real estate

¹ Advogado, Mestre e Doutorando em Direito pela Unimar

INTRODUÇÃO

“Unus homo, nullus homo”. Homem só, homem nenhum.

A máxima latina indica a gregariedade do ser humano e sua natural tendência à interação. Fala-se em verdadeiro “processo de socialização”, onde cada indivíduo, auto limitando-se, submete-se aos interesses do grupo.

A mudança do panorama histórico e o desenvolvimento de novas tecnologias fez a sociedade atual ser movida por necessidades, muitas delas “superficiais” e criadas artificialmente pelo “marketing” típico do sistema econômico liberal capitalista, que incute, ainda que subliminarmente, a ideologia do consumo como único meio hábil a se alcançar a plenitude pessoal e social.

Aumentando-se o consumo, amplia-se a teia de relacionamentos humanos, concretizados através de um instrumental fático/jurídico materializador das “vontades”, qual seja, os contratos.

Para consumir deve-se haver, por razões óbvias, uma bilateralidade (ou multilateralidade) de interesses, aparentemente, coincidentes, porém, juridicamente, antagônicos, completando-se na busca de determinada finalidade que, transcendendo os limites da avença, alcança, por reflexo, a cadeia produtiva social.

Mais contrato, maior amplitude econômica. Mais amplitude econômica, maior circulação de bens e produtos. Mais circulação de bens e produtos, maior surgimento e giro de capital. Mais capital, novas e maiores necessidades individuais e sociais. Mais necessidades individuais, maior consumo. Mais consumo, maiores contratos. Sistema, pois, cíclico.

Na seara dos contratos, encontramos a problemática da habitação, verdadeira demanda social almejada pelo todo coletivo. A obtenção da sonhada casa própria, ainda, é uma busca premente em países em desenvolvimento, como o caso brasileiro.

A oferta de diversos empreendimentos imobiliários, garantidos por financiamentos privados e públicos, estes últimos através de programas de incentivos governamentais, tem se ampliado nas últimas décadas, gerando, sem sombra de dúvidas, um movimento sensível da economia Nacional, notadamente aos setores ligados à construção civil e Instituições Financeiras.

Da mesma forma que se desenvolveu a construção civil e o mercado consumidor de unidades residenciais, a crise econômica mundial e local dos últimos anos, gerou uma desestabilização monetária à grande massa populacional consumidora dos empreendimentos imobiliários disponibilizados, fazendo realidade a devolução de inúmeros bens adquiridos e a desistência de negócios celebrados na “planta” e financiados a longo prazo.

Os litígios frutos da inadimplência acabaram, muitos deles, desembocando no Poder Judiciário, chamado a intervir diretamente na relação privada negocial havida entre os contratantes, aplicando, muitas vezes, princípios consumeristas, em um processo de diálogo das fontes de Direito.

Ruptura do vínculo contratual, valores a serem reembolsados ao adquirente inadimplente, percentuais de retenção de quantias pagas pela incorporadora a título de multa, identificação de cláusulas abusivas, enfim, vários aspectos da avença foram disponibilizados à exegese judiciária, buscando uma uniformização jurisprudencial acerca da temática submetida ao crivo dos órgãos judicantes.

Paralelamente ao litígio, muitos contratantes, evitando o conflito, resolveram-se na modalidade de rescisão bilateral, buscando, em consenso, salvaguardar suas liberdades de negociação, mediante concessões bilaterais, distratando-se validamente.

O ponto de dissenso aqui suscitado nasce, justamente, da hipótese de eventual choque entre os entendimentos pretorianos que envolvem a questão e a liberdade das partes contratantes que, em sede de rescisão para prevenção de litígio, fixam condições próprias que, poderão ou não, estarem em discordância com a hermenêutica jurisdicional majoritária.

Uma análise do fenômeno contratual é buscada no presente artigo partindo-se do reconhecimento sim de sua constitucionalização e fundamento estruturante na dignidade da pessoa humana, porém, abrindo-se vertentes para uma releitura específica de formatos de avenças peculiares (comercialização de imóveis de luxo), onde a natureza da operação transcende os postulados da mera socialidade.

Em outras palavras: analisar o contexto de contratos específicos, aplicando-lhes, através de doutrinas contemporâneas e clássicas um novo “Pacta sunt Servanda” que, ao mesmo tempo em que é mitigado pela evolução do direito privado, deve ser verificado em sua plenitude em determinadas e específicas modalidade de avença, como o caso dos contratos de compra e venda de condomínios de luxo.

O artigo, assim, desenvolve-se com esta matriz de raciocínio, enfrentando a moderna principiologia contratual, sua adaptação às realidades, a moradia enquanto direito fundamental e sua diferença frente aos contratos que tem por objeto condomínios de luxo.

A rescisão neste último caso e sua força vinculatória, sem violar a dignidade da pessoa humana, é encarada, finalmente, como exercício da obrigatoriedade contratual vinculando as partes aos seus termos, valorizando o contrato específico e a própria rede econômica negocial da sociedade.

1 A MODERNA PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL COMO PARÂMETRO INTERPRETATIVO

Para se alcançar uma interpretação casuística e individualizada hábil à satisfação das partes contratantes envolvidas em avenças de promessa de compra e venda de imóveis destinados à habitação, mister a análise dos princípios jurídicos norteadores dos contratos em geral.

A ideia de princípios jurídicos pode ser emprestada do magistério do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho que ao compará-los com as demais regras de direito, estabelece suas características intrínsecas:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade: na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standarts” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- f) Natureza normogénica: os princípios são fundamento das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. (CANOTILHO, 1998, p. 1034)

Do ponto de vista do direito privado, observamos, movimentos de superação do modelo contratual clássico, marcado pelo liberalismo económico do século passado, refletivo na onda de autocontrole dos mercados a partir de livres contratações. Seria o livre contato entre entes propulsores da economia, elegendo a individualidade em superação ao coletivismo nascente de um Estado interventor.

Observamos esse raciocínio nas palavras de Friedrich August von Hayek:

A doutrina liberal é a favor do emprego mais efetivo das forças da concorrência como um meio de coordenar os esforços humanos, e não deixar as coisas como estão.

[...]

Baseia-se na convicção de que, onde exista a concorrência efetiva, ela

sempre se revelará a melhor maneira de orientar os esforços individuais.

[...]

O liberalismo econômico é contrário à substituição da concorrência por métodos menos eficazes de coordenação dos esforços individuais (HAYEK, 1944, p. 58).

Temos, neste diapasão histórico-econômico, um contrato fruto, eminentemente, dos interesses individuais dos contratantes, nascido do elemento puramente volitivo, fulcrado no princípio da obrigatoriedade contratual maximizado na “pacta sunt servanda”, sem mitigações, relativizações.

Novos movimentos econômicos, o desenvolvimento das doutrinas de Estado Social e seus pensadores, idealizaram e concretizaram a superação do princípio clássico da autonomia da vontade, fulcrado, basicamente, em citada concepção interior/volitiva, dando lugar à denominada “publicização do direito privado”, que deixa de ser um espaço eminentemente particular para atingir uma dimensão abstrata e geral, fundamentada da dignidade da pessoa humana.

Daniel Sarmiento afirma que:

[...] o advento de massas e a progressiva democratização do Estado levaram à erosão destes postulados liberais. Já vimos, também, como o centro de gravidade do Direito Privado, que no passado era o Código Civil, deslocou-se para a Constituição, cujos princípios e valores não apenas inspiram e condicionam a aplicação das normas ordinárias, como podem incidir diretamente sobre relações jurídicas travadas por particulares, conformando-as à sua axiologia centrada na dignidade da pessoa humana, com óbvio reflexos sobre a concepção jurídica de autonomia privada vigente no direito positivo (SARMENTO, 2004, p. 196).

Trata-se, pois, de contratar individualmente como forma de se atingir, por via reflexa, o desenvolvimento social.

Amartya Sen clarifica:

O fato de que a liberdade de transações econômicas tende a ser tipicamente um grande motor do crescimento econômico tem sido muitas vezes reconhecido, embora continuem a existir críticos veementes. É importante não só dar o devido valor aos mercados, mas também apreciar o papel de outras liberdades econômicas, sociais e políticas que melhoram e enriquecem a vida que as pessoas podem levar (SEN, 2016, p. 24).

Sen é cirúrgico:

A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes. Além disso, as concepções individuais de justiça e correção, que influenciam os usos específicos que os indivíduos fazem de suas liberdades, dependem de associações sociais – particularmente da formação interativa de percepções do público e da compreensão cooperativa de problemas soluções (SEN, 2016, p. 48-49).

O contrato, desta forma, apresenta-se com um alcance axiológico, valorativo. Transcende o postulado da vinculação “inter partes” negocial para atingir como destinatário mediato o todo coletivo. Seria, pois, instrumental alternativo de hermenêutica social. Segundo Peter Häberle:

Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: *de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta (von der geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsindepreten zur Verfassungsinterpretation durch und für die offene Gesellschaft).*

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomar parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento constituinte dessa sociedade (*...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr Konstituiert wird*). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. pgs. 12/13)

Parte-se, pois, de uma nova leitura acerca da aplicação dos princípios clássicos em matéria contratual, passando-se para movimentos contemporâneos de reconhecimento do que Daniel Sarmiento apresenta, dentre outras visões, como “Teoria dos Deveres de Proteção e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais”, dando amplificação dos direitos básicos do ser humano atingindo não só o legislador e o Estado, mas também os entes privados em suas relações intersubjetivas.

A Teoria mencionada se basearia:

[...] na ideia de que a conciliação entre autonomia privada e os direitos fundamentais deve incumbir ao legislador e não ao Judiciário. Ela resguarda, no entanto, a possibilidade de intervenção do Judiciário, através do controle de constitucionalidade das normas de direito privado, quando o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo, bem como quando ele, de modo inverso, não conferir o devido peso à proteção da autonomia privada dos particulares (SARMENTO, 2004, p. 261).

Sob a ótica jurisprudencial, temos decisão paradigmática que reconhece a aplicação imediata das normas fixadores de direitos fundamentais às relações privadas:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO (STF - RE: 201819 RJ, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577).

Nesta nova tendência de orientação jurídica, consagra-se novos princípios regentes do fenômeno contratual, dentre os quais, citamos a autonomia privada, a boa fé objetiva, a justiça contratual e a dignidade humana.

Na autonomia privada, o contrato não é concebido apenas como um fenômeno

eminentemente volitivo, mas sim, fruto de necessidades humanas, que, diante das ações agressivas do marketing, podem tornar-se reais ou fictícias, compelindo o destinatário a contratar, independentemente de “livre querer”. Contrata-se porque se precisa e não porque se quer.

Cesar Fiuza indica o contrato como fruto das necessidade exteriores e não somente do querer interior:

[...] A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. Os contratos são fenômenos da autonomia privada, em que as partes se impõem normas de conduta. Difere do princípio da autonomia da vontade, em que o contrato viria de dentro para fora. Seria fenômeno exclusivamente volitivo. Na autonomia privada, o contrato não vem, exclusivamente, de dentro; não é fenômeno meramente volitivo. As pessoas não contratam apenas porque desejam. A vontade é condicionada por fatores externos, por necessidades, que dizem respeito aos motivos contratuais (FIUZA, 2011, p. 462-463).

Pelo princípio da boa fé objetiva, inclusive solidificado na atual legislação civil brasileira, em seu artigo 422, apresenta-se como norte hermenêutico e de aplicação normativa ao contrato havido entre particulares, quando demanda a análise das manifestações de vontade envolvidas no ponto de vista da idoneidade, ética e condutas práticas em consonância aos valores maiores eleitos por uma sociedade livre e democrática: retidão e consciência coletiva.

A justiça contratual, por sua vez, indica a busca incessante pelo equilíbrio material da relação privada de contrato. Não apenas uma justiça formal, fundamentada em suposto equilíbrio entre as partes, sem o devido aprofundamento das nuances que envolvem o relacionamento, mas sim, a observância das vicissitudes do caso, as condições que envolvem os interessados, suas diferenças, seus poderes de negociação, o objeto da transação, enfim, o quadro realístico do contato intersubjetivo.

Por fim, a dignidade da pessoa humana concebida como valor fundante de todos os valores que devem nortear as relações pessoais. O contrato como fonte implementadora de conquista pessoais, sem contudo, descuidar da transcendência de seu conteúdo, voltado ao todo coletivo, atingirá as demandas da sociedade.

Assim, uma moderna hermenêutica contratual deve, necessariamente, ser pautada por esta gama de novos valores, esculpidos em um principiologia ativa, comprometida e transformadora, que leva em conta as peculiaridades de cada negócio jurídico, em um verdadeiro esforço exegético que, ao invés de uniformizar pensamentos, cria interpretações específicas fundadas na diversidade de casos levados ao crivo do hermeneuta.

Apenas para elucidar, não está aqui a se pregar a liberdade ilimitada do julgador, no sentido de se pautar apenas por seus valores pessoais, distorcidos e em dissonância ao sistema jurídico. Se assim o fosse admitir-se-ia a anomia. O que se pretende é o comprometimento do intérprete com a análise profunda das peculiaridades de cada caso concreto, aplicando o Direito de forma dinâmica e não estática, fazendo do fenômeno jurídico uma força viva e pulsante que alimenta a sociedade, seu querer e suas necessidades.

Com tais premissas, a questão da promessa de compra e venda de unidades condominiais de luxo será analisada nos próximos itens, como vertente especial do direito de habitação enquanto demanda social.

2 O DIREITO DE HABITAÇÃO COMO DEMANDA SOCIAL. SUAS VARIAÇÕES

A busca da casa própria é objetivo da esmagadora população, notadamente em países de baixo índice de desenvolvimento, onde a escassez de recursos impede a aquisição de uma moradia digna para abrigar a família.

Na verdade, a Constituição Federal, em seus artigos 227 e seguintes (Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso), protege a instituição familiar em seu contexto afetivo, mas, muitas vezes, esquece-se de implementar as condições materiais para o exercício daquele afeto.

Em outras palavras: procura-se garantir o sentimento entre familiares, assegurando a unidade familiar, mas descuida-se das garantias de se propiciar o exercício do amor, através de um lar seguro e sólido.

Colocadas estas premissas de cunho social, o direito de habitação vem sufragado em diversos diplomas nacionais e internacionais.

A própria Carta Máxima Brasileira demonstra a preocupação com a temática em um série de dispositivos que devem ser lidos dialogicamente: artigo 1º, III (“dignidade da pessoa humana”, como fundamento da República), artigo 7º, IV (direitos social - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradias...), artigo 23, IX (competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de promover programas de construção de moradias e a melhoria da condições habitacionais e de saneamento básico), artigo 21, XX (competência da União de estabelecer diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, etc...)

No plano internacional, outrossim, observamos disposições presentes, tanto no sistema global, quanto no interamericano de proteção dos direitos humanos que abordam a temática da habitação, podendo citar, exemplificadamente:

Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948).

Portanto, implementar políticas de habitação é dever do Estado e direito do ser humano.

Tal preocupação não se discute; porém, não é o objeto central do presente artigo.

O desenvolvimento de programas habitacionais fomentados pelos governos, assim como o surgimento de empreendimentos imobiliários destinados às classes menos favorecidas são realidades cada vez mais comuns nos centros urbanos Nacionais.

Tais incentivos e empreendimentos, na medida que surgem problemas inerentes aos termos do contrato celebrado, notadamente face a um recorrente inadimplência do adquirente/comprador vítima das oscilações da economia moderna, tem sido objeto de enfrentamento pelos órgãos do Poder Judiciário que em comprometida e eficiente aplicação da legislação consumerista e dos princípios modernos de direito contratual já mencionados aqui, tem procedido ao devido reequilíbrio da relação jurídica, impondo a nulidade de cláusulas abusivas (como aquelas que preveem a perda todas de parcelas pagas) e determinando a entrega compulsória das escrituras dos bens, muitos deles hipotecados pela construtora, como garantida do próprio empreendimento.

Aqui, no entanto, dá-se ênfase ao direito de habitação exercido por pessoas pertencentes às classes privilegiadas, detentoras de poder aquisitivo ímpar e, porque não, de poder político superior.

Fala-se na aquisição de imóveis de luxo, principalmente, aqueles situados em condomínios de alto padrão, marcados por serviços exclusivos, espaços de lazer diferenciados, sistema de segurança privada, áreas de spas, dentre outras utilidades típicas do denominado “mercado exclusivo”.

Neste contexto, a inadimplência do adquirente destes espaços de alto padrão, necessariamente, é distinta da inadimplência daquele que adquire o bem para sua habitação familiar, como forma única de se garantir a mínima proteção aos seus.

Não se admite que a mesma linha interpretativa/hermenêutica desenvolvida para o caso de exercício de moradia de baixa renda seja aplicável ao caso de aquisição de imóveis

(ainda que para moradia) de alto padrão de luxo.

O adquirente destes “espaços vips”, ao se tornar inadimplente, e resilir o contrato consensualmente com a incorporadora/vendedora não pode discutir a nulidade de eventuais cláusulas contratuais de perda de parcelas pagas ou outras penalidades, pois o caso concreto que envolve as partes é peculiar e casuístico.

Deve-se, pois, ter interpretações diversas para cada tipo de contrato de promessa de compra e venda de imóveis para habitação, levando-se em conta a natureza da transação, seu objeto e as partes transacionadas. Não se fala, aqui, em uniformidade exegética.

O que pode ser tratado como cláusula abusiva em um contrato ou distrato de promessa de compra e venda de habitação para pessoas de baixa renda, pode não o ser para outro contrato ou distrato de promessa de compra e venda de habitação de imóveis de luxo.

O foco do estudo, neste texto, é centrado nestas considerações aplicáveis, em especialidade, à figura da validade plena de resilição bilateral de compromisso de compra e venda de unidade condominial de luxo.

3 OS CONDOMÍNIO DE LUXO. RESILIÇÃO

Condomínios horizontais ou verticais de alto padrão, normalmente, são negociados na “planta”, com formas de pagamentos facilitadas, justificadas pelo pequeno risco da incorporadora baseado na capacidade aquisitiva do público alvo.

Ocorre que a nítida instabilidade institucional brasileira, com fortes reflexos na política econômica e na perda da capacidade aquisitiva da população, tem gerado processo de contumaz inadimplência dos adquirentes de imóveis de luxo, levando a conflitos generalizados que tem demandado atuação eficiente do Poder Judiciário.

A situação peculiar e a ampliação de indesejada litigiosidade, tem levado os contratantes a procurar formas alternativas de solução da controvérsia, compondo-se, extrajudicialmente. Este “consenso almejado” vai se fundar na figura da resilição bilateral, aqui abordada.

Desde já saliente-se que não daremos enfoque a questões reiteradamente debatidas, como percentuais de devolução de quantias pagas pelo adquirente desistente, percentuais de multas, indenizações, enfim, aspectos doutrinários e jurisprudenciais em demasia abordados, porém, sim, aos efeitos jurídicos nascidos da composição entre os contratantes originários sedimentada na figura da resilição bilateral.

A resilição bilateral extingue o negócio jurídico matriz/origem, qual seja, promessa de compra e venda de unidade condominial estabelecido entre os interessados, cessando, com

isso, o liame negocial fixado entre ambos, dando gênese a outro, com objetivo diverso.

O negócio jurídico de resilição bilateral celebrado teria, após sua materialização, existência e validade autônomas da avença matriz, possuindo condições próprias, em verdadeiro processo de substituição do contrato originário, cuja efetividade jurídica se perdeu.

Isso quer dizer que, com a resilição, as partes distratantes não poderiam, com base na avença inicial, fundamentar qualquer pretensão de, por exemplo, devolução de quantia pagas, restituição de valores, multas fixadas, por nítida perda de interesse de agir.

O contrato inicial se exauriu. Só existe, agora, a resilição:

Distrato é resilição que se perfaz por acordo mútuo das partes do contrato. Extingue-se para frente. Forma-se um novo contrato para extinguir o existente. O distrato, significando literalmente desfazer o trato, é um contrato autônomo que tem por finalidade a extinção de outro. No distrato, as partes estipulam as condições e cláusulas que devem ser observadas por ambos, quando há situações residuais que devem ser definidas, para a total extinção das obrigações, a exemplo de pagamento parcelado de valores remanescentes do contrato originário.

O inadimplemento das cláusulas e condições do distrato não faz ressurgir os efeitos do contrato extinto, porque é relação contratual autônoma. O inadimplemento é do distrato e não do contrato extinto (LÔBO, 2004, p. 122).

Ou ainda:

[...] A vontade bilateral pode sempre resolver o contrato antes de escoado o prazo de sua duração, ou de executado integralmente.

O contrato resulta do consentimento, quer dizer: da vontade bilateral. Ela, já agora com *mutuus dissensus*, pode também dissolvê-lo (BESSONE, 1987, p. 318).

A hermenêutica casuística aqui deve ser aplicada. A resilição celebrada entre partes que envolvem tais imóveis de alto padrão deve ser livre e fugir dos parâmetros gerais aplicáveis às relações jurídicas que envolvem partes em contratos de compra e venda de habitações populares.

Não se trata, frise-se, de postular tratamento desigual originário de um mesmo tipo de contrato, mas sim de dar tratamento isonômico modulador segundo as condições especiais das partes envolvidas no negócio jurídico.

Interpretar é buscar as peculiaridades do caso, dando-lhe justa (se é que podemos mensurar tal terminologia cientificamente falando) aplicação, dando-lhe coloração viva diante do dinamismo da questão posta em exame.

Carlos Maximiliano observa esses necessários traços presentes na arte da

hermenêutica e de seu aplicador:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ato. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como sensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social (MAXIMILIANO, 1957, p. 83).

No caso “sub análise”, a interpretação em caso de rescisão bilateral de promessa de compra e venda de unidade condominial de luxo deve, pois, seguir a vontade expressa das partes e não limites fixados pela lei (civil ou consumerista) aplicáveis em compras e vendas de imóveis de baixo custo a pessoas de baixa renda.

Tal raciocínio se consagra dando devida e máxima eficácia às denominadas “Cláusulas de Quitação”, por ventura, previstas nas rescisões dos imóveis de luxo.

A quitação, nestes casos, gera efeito irretratável e irrevogável, não podendo ser a questão, novamente, submetida ao crivo do Poder Judiciário, inclusive sob o pretexto de que nenhuma ameaça a direito pode ser excluída da apreciação da Justiça.

Como visto, trata-se a presente matéria de casuística prática, onde as partes envolvidas são detentoras de poderio econômico e político privilegiado, exercendo na consumação do distrato o paritarismo contratual, que, elevado a princípio de justiça contratual, impede a interferência de terceiros, inclusive, sob pena de desequilibrar o convencionado.

Diferente no caso de relações consumeristas clássicas, onde o comprador do imóvel de baixo custo apresenta-se em condição de inferioridade perante a incorporadora e a financeira, demandado a interferência jurisdicional para equalizar a relação bilateral havida.

A quitação, portanto, concedida reciprocamente pelas partes da rescisão no segmento de imóveis de luxo, tem força plena e não permite rediscussão de seus termos, sob pena de violação do próprio princípio da boa-fé dos contratos.

Fábio Ulhoa Coelho define:

A quitação é a declaração do sujeito ativo no sentido de ter sido satisfeito no seu direito. Normalmente, é dada por escrito (“recibo”), mas pode derivar de atos inequívocos com o mesmo sentido jurídico (entrega ou inutilização do título, p. ex.) (COELHO, 2014, pg. 122).

Álvaro Villaça Azevedo leciona que: “Prova-se o pagamento pela quitação, que libera o devedor do vínculo obrigacional, que o prendia ao credor” (AZEVEDO, 1998, p. 143). A quitação extingue a relação jurídico obrigacional fixada entre os contratantes, não podendo, por mera liberalidade, ser desconsiderada.

A resilição que fixa novas disposições entre os distratantes substitui as anteriores assumidas, devendo ser respeitadas sem que tal fato constitua violação da moderna principiologia contratual, a qual, deve, ainda, ser interpretada em um contexto de adaptabilidade ao meio, também, se submetendo às nuances no “novo”.

O Judiciário, pois, não poderia interferir na validade da resilição baseando-se no contrato originário extinto.

A jurisprudência recente sobre a temática encerra o raciocínio:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL E DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. Distrato com cláusula de quitação geral. Impossibilidade de rediscussão da avença principal, resolvida voluntariamente pelos contratantes. Vícios de consentimento sequer relatados pelo autor na petição inicial, no que toca ao estabelecimento de distrato. Transação hígida. Mero arrependimento incapaz de dar amparo à pretensão. Precedente. APELO PROVIDO (TJSP; Apelação 1006674-18.2016.8.26.0001; Relator (a): Donegá Morandini; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I – Santana – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/10/2017; Data de Registro: 19/10/2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma nova alternativa aos conflitos nascidos de contratos de compra e venda de imóveis condominiais: este foi o objetivo deste artigo.

Dar efetividade à resilição bilateral havida entre os contratantes que, diante de múltiplos fatores, notadamente a mudança do “status” econômico do adquirente, não podem mais manter, voluntariamente, o vínculo negocial havido originalmente.

A força desta resilição bilateral é analisada, dando-se ênfase à impossibilidade de as partes, após a celebração de um distrato, inclusive com quitação recíproca, dar “ressurgimento” à avença suplantada que, juridicamente, desapareceu do contexto do Direito.

O direito de habitação é sufragado por inúmeros diplomas normativos, internos e internacionais.

A busca por assegurar um lar digno é incessante em todas as coletividades, notadamente as menos desenvolvidas.

Contrato para assegurar a aquisição da moradia devem ser lidos em hermenêutica principiológica protetiva dos direitos humanos, compreendidos a maioria da população carente. Porém, com a verificação de uma sociedade estamentária, onde ainda temos uma casta privilegiada de recursos materiais, a celebração de contratos de compromisso de compra e venda de imóveis de luxo deve ter sua interpretação, em caso de litígio ou até mesmo de solução consensual, como na rescisão bilateral, lida sob enfoques casuísticos e, porque não, mais privatísticos, sem descuidar da moderna concepção constitucional dada ao Direito Civil.

Diversidade interpretativa segundo o modelo contratual “sub exame” deve ser, no que tange ao tipo de compra e venda imobiliária envolvida, regra e não exceção, sob pena de sob o pretexto de se almejar uma uniformidade jurisprudencial, gerar injustiça institucionalizada.

Assim, no que tange ao descumprimento do contrato de origem, a realização de uma rescisão bilateral entre as partes, faz emergir novo negócio, com peculiaridades e características próprias, restando desaparecidas as condições anteriores que levaram as partes a contratar.

Qualquer discussão baseada no contrato matriz, tornar-se-ia, pois, descabida, não devendo ser recepcionada pelo Poder Judiciário em sede de demanda judicial, imputando-se no caso a extinção do processo pela perda do interesse de agir do proponente da pretensão.

A rescisão prevalece em todos os seus termos sobre a avença originária. A interpretação deve ser por sua manutenção e não por sua descaracterização diante das peculiaridades do caso que envolve partes e objetos diferenciados.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BESSONE, Darcy. Do contrato: teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito civil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIUZA, Cesar. Direito Civil: Curso Completo. v. único. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. pgs. 12/13

HAYEK, Friedrich August von. O caminho da servidão – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

LÔBO, Paulo. Direito civil – contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1957.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SEN, AMARTYA. Desenvolvimento como Liberdade. São Paulo: Companhia de Bolso, 2016.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de Souza; SILVEIRA, Celson Queirois. VII Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da UEL-UNIMAR, 2016.

STF - RE: 201819 RJ, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 11/10/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577

TJSP; Apelação 1006674-18.2016.8.26.0001; Relator (a): Donegá Morandini; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I – Santana – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/10/2017; Data de Registro: 19/10/2017